

SCHWARZENEGGER KAPPLER

&

JORGE FERNANDO ARAUJO



ADVOGADOS ASSOCIADOS

Telefones:

E-mail:

E-mail:

AO PLENO DO CONSELHO DE SUPERVISÃO DA BSM SUPERVISÃO DE MERCADOS

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD) NÚMERO 26/2018

ISRAEL SILVA DA ROSA

vem, por seus advogados, conforme procuração anexa, à presença dos Ilustres membros do Pleno do Conselho de Supervisão da BSM Supervisão de Mercados (BSM), em conformidade com o artigo 20 do Regulamento Processual da BSM, para apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

objetivando a revisão da Decisão proferida no bojo do PAD 26/2018, cuja Sessão de Julgamento ocorreu em 22/7/2021, por videoconferência, sem a presença do recorrente, pelos seguintes fatos e fundamentos.



DOS FATOS

O recorrente é Agente Autônomo de Investimentos (AAI) tendo sido instaurado em face dele o PAD 26/2018, no qual ele foi condenado, em julgamento de primeiro grau, pela Turma do Conselho da BSM, ao pagamento de multa de R\$ 150.000,00 por suposta infração ao artigo 10 da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (ICVM) número 497, de 3 de junho de 2011.

Consta do relatório do Conselheiro relator do PAD em comento que

“(…) este PAD 26/2018 foi instaurado em face do defendente (ora recorrente) em razão de indícios constantes dos autos dos MRPs 132/2017, 133/2017 e 134/2017, que apontavam que, na qualidade de AAI vinculado à [REDACTED] (“Corretora”), por meio da [REDACTED] [REDACTED] faltou com seu dever fiduciário de diligência ao recomendar estratégia com opções (“Estratégia”) que culminaria em perdas substanciais em qualquer cenário de pontuação do IBOV da forma como foi montada, não sendo o Defendente devidamente cauteloso na montagem dessa estratégia, bem como na conscientização da complexidade e da extensão dos riscos que esse tipo de operação representava a seus clientes”.

Também consta do relatório que “(…) a área técnica da BSM fez todos os esforços possíveis para receber s esclarecimentos necessários durante as investigações e (...) buscou notificar o Defendente para que apresentasse sua defesa (...).

Ocorre que, *data máxima vênia*, o julgamento incorre em violação da ampla defesa, do contraditório e, por conseguinte, do devido processo legal, e, conseqüentemente, em ilegalidade, e, além disso, em erro, considerando que o recorrente não infringiu qualquer norma ética, conforme será demonstrado a seguir, devendo ser alterado pelo Pleno do Conselho de Supervisão da BSM, por Justiça.

DA TEMPESTIVIDADE RECURSAL

Consta do Ofício anexo, enviado pela BSM, extensão do prazo recursal estabelecendo como termo final dele o dia 17/1/2022.

Portanto, o presente Recurso Administrativo é tempestivo.

AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO RECORRENTE PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA NO PAD 26/2018

Inicialmente, registre-se que o **recorrente reside no exterior e só foi disponibilizado para ele e para seu advogado, devidamente constituído, o inteiro teor do PAD 26/2018, iniciado em 3/2019, no dia 20/12/2021, após diversas solicitações**, tanto pelo recorrente quanto por seu advogado, conforme documentos anexos.

Nesse panorama, é preciso destacar **ilegalidade que macula o PAD referido**, decorrente de **violação do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal**, direitos constitucionais do recorrente (art. 5º, inciso LV, da CRFB).

Com esse escopo, note-se a **carência de verossimilhança do registro constante do relatório** feito em desfavor do recorrente no sentido de que teriam sido feitos todos os esforços possíveis para notificá-lo para apresentação de defesa no momento correto, antes da elaboração do citado relatório.

Tal registro não corresponde à realidade, pois **a BSM sempre deteve o endereço eletrônico do recorrente, contudo não houve a notificação por esse meio**, oportunamente, para que ele pudesse apresentar defesa.

Dessa forma, o recorrente **não** foi comunicado no momento adequado sobre o processo administrativo movido em seu desfavor.

A **comunicação sobre o relatório e julgamento do citado processo administrativo, pelo endereço eletrônico, só foi realizada após a condenação administrativa ao pagamento de grave multa, no montante de R\$ 150.000,00, quando já havia opinião formada em desfavor do recorrente.**

Diante disso, fica claro, de um lado, **absoluta possibilidade de notificação do recorrente** para apresentação de defesa, especialmente considerando que ele respondeu prontamente à comunicação feita pelo meio eletrônico sobre a decisão que o condenou ao pagamento de multa e, de outro, que **não houve o envide de todos os esforços para garantir ao recorrente a oportunidade de se defender no momento próprio.**

Nesse contexto, tem-se que o processo transcorreu em toda a sua primeira fase sem que o recorrente pudesse dar sua versão dos fatos e produzir as provas pertinentes, o que é gravíssimo, primeiro, porque a BSM tinha condições de notificá-lo, notadamente pelo meio eletrônico, meio que, aliás, ganha protagonismo hodiernamente, tendo em vista o avanço tecnológico, e, em segundo lugar, porque, agora, quando foi possível a manifestação do recorrente, já existe relatório, confirmado no julgamento realizado no âmbito do PAD 26/2018, condenando-o ao pagamento de vultosa quantia.

É importante registrar que, na atualidade, são comuns, e cada vez mais usadas, as notificações por meio eletrônico, adotadas até mesmo no âmbito do processo judicial. Dessa forma, a **não utilização do meio eletrônico** para notificação do recorrente, para permitir sua defesa no momento correto, constitui **flagrante negligência**.

É preciso frisar, ainda, que a **falta de notificação do recorrente no momento oportuno** para apresentação de defesa lhe traz **prejuízo indelével**, uma vez que, como dito, já foi formada **opinião desfavorável a ele cuja alteração, naturalmente, é mais difícil**.

Com efeito, diversamente do que foi registrado no relatório ora tratado, **não houve qualquer esforço de notificação do recorrente** para que pudesse apresentar defesa, razão pela qual o presente PAD incide em **absoluta ilegalidade pelo desrespeito aos direitos constitucionais do recorrente, previstos no artigo 5º, inciso LV, da CRFB**, isso é, por **violação ao devido processo legal**, sendo **imperiosa a sua anulação**.

Aduza-se que a **ausência de notificação do recorrente para apresentação de defesa** também viola as regras de trâmite processual estabelecidas no âmbito da BSM, conforme **fluxograma anexo**, que revela ser a defesa o **segundo ato do processo**, vindo após sua instauração.

Isso demonstra que, **não tendo havido ensejo para apresentação de defesa, todo o processo administrativo resta deturpado**, considerando que não consta do fluxograma mencionado a hipótese de ausência de defesa e que é a **partir da defesa que são encadeados os demais atos processuais**, como proposta TC, pedido de provas, etc.



Dessa forma, a não oportunização de apresentação de defesa pelo recorrente, **de modo absolutamente injustificado**, importa em subversão da ordem processual estabelecida pela própria BSM, o que não se pode admitir, pois traz prejuízo grave ao recorrente.

Ademais, fazendo um paralelo do presente processo com o processo civil, importa assinalar que a ausência da notificação para apresentação de defesa pode ser comparada à ausência de citação, situação que gera nulidade processual insanável, conforme artigo 239 do CPC/15, dispositivo legal que estabelece ser indispensável para a validade processual a comunicação inicial que dá ciência ao sujeito sobre o processo e permite que se defenda.

Veja-se que o vício gerado pela ausência da citada comunicação inicial é denominado **transrescisório**, pois é de tamanha gravidade que não é sanado nem mesmo após o trânsito em julgado da Sentença, ato judicial que contém o julgamento do caso e põe fim ao processo. Isso porque tal vício importa em **prejuízo irreparável ao sujeito do processo**, como já mencionado, sendo exatamente o que ocorre no presente caso.

Nesse contexto, o vício do presente processo administrativo consistente na ausência de notificação do recorrente, observada a semelhança com a ausência de citação no processo civil, torna o presente processo nulo, sendo impossível a sua recuperação.

Portanto, é inafastável o reconhecimento na nulidade a processual apontada com a consequente anulação do presente processo administrativo.

Continuando o paralelo com o processo civil, veja-se que a comunicação processual que permite a apresentação de defesa no processo é ato que faz com que o sujeito passe a constituir a relação processual, conforme artigo 238 do CPC/15. Assim, seguindo essa linha de pensamento, o fato de o recorrente não ter sido comunicado, injustificadamente, sobre o presente processo administrativo leva à conclusão de que ele não integra a relação processual ora tratada, de modo que o presente processo não pode produzir qualquer efeito sobre ele.

Ainda, vale assinalar que além de não ter sido utilizada a notificação por meio eletrônico, também não foi realizada por edital.

Diante de tais considerações, caso não haja a anulação administrativa do PAD objeto do presente recurso administrativo e permaneça a injusta condenação, a situação desafia o manejo de ação judicial, podendo até mesmo originar o reconhecimento de danos morais causados ao recorrente e condenação do responsável à compensação pecuniária dele.

DO MÉRITO

Tanto o Termo de Acusação, feito em desfavor do recorrente, quanto o Relatório aprovado no julgamento do presente PAD partem de premissa equivocada. Assim, é necessário o devido esclarecimento dos fatos - o que só foi oportunizado ao recorrente agora - a fim de se demonstrar o desacerto da condenação do recorrente ao pagamento de multa por infração do artigo 10 da ICVM 497/2011, objetivando a reforma do julgamento.

Há basicamente **uma premissa utilizada para a condenação do recorrente**: que ele teria recomendado estratégia de investimento com opções que geraria prejuízo a clientes em qualquer cenário de pontuação do Ibov, o que, segundo sustentado no Termo de Acusação e acolhido no Relatório gerador da condenação ao pagamento da multa, importaria em violação do artigo 10 da ICVM 497/2011.

Ocorre que **essa premissa é absolutamente falsa**, pois o recorrente não montou a estratégia reputada perdidora e não a recomendou aos clientes mencionados no presente PAD, como será demonstrado a seguir.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer a origem da estratégia de investimentos que gerou o presente PAD.

Tudo se iniciou com a **recomendação da estratégia reputada prejudicial feita pela corretora** [REDACTED] conforme comprova o e-mail anexo, enviado de [REDACTED] para o AAI [REDACTED].

Nesse contexto, é necessário registrar que o (AAI) [REDACTED], que trabalhava na [REDACTED] participou de **treinamento em operações estruturadas**, como comprova o e-mail anexo.



Após ter recebido a recomendação da corretora [REDACTED] e ter participado do citado treinamento, o AAI [REDACTED] discutiu a estratégia de investimento em comento com [REDACTED], funcionário da corretora [REDACTED], como comprova a gravação do contato telefônico entre ele e [REDACTED], cujo acesso pode ser feito pelo seguinte *link*:

[REDACTED]

A gravação acima comprova que a estratégia de investimentos considerada prejudicial foi discutida entre funcionário da corretora [REDACTED] e o [REDACTED] não havendo nenhuma participação do recorrente.

Esse fato é corroborado pelas gravações das ligações telefônicas e e-mails anexos que revelam que o [REDACTED] foi quem tratou de tudo relacionado à estratégia de investimentos reputada prejudicial, inclusive com os clientes apontados como prejudicados. As citadas ligações telefônicas podem ser acessadas pelo seguinte *link*:

[REDACTED]

Assim, reitere-se que o recorrente não elaborou ou recomendou a estratégia classificada como prejudicial.

Nesse sentido, veja-se a afirmação do próprio [REDACTED] na conversa que teve com o cliente [REDACTED], constante da fl. 8 do presente processo e do documento 7 anexado ao Termo de Acusação.

Na citada conversa, o AAI [REDACTED] admite que foi ele quem explicou toda a estratégia e a recomendou (fl. 9). Note-se que [REDACTED] afirma que almoçou com o cliente e informou sobre a estratégia (fl. 9).

Assim, esse diálogo descrito no termo de acusação (fl. 8) é claro a demonstrar que **quem conversou com o cliente sobre a estratégia de investimentos e a recomendou foi o AAI** [REDACTED] [REDACTED] valendo reiterar que o ele próprio informa isso ao cliente [REDACTED] lembrando a conversa que tiveram. Note-se que **em nenhum momento desse diálogo há qualquer registro de que o recorrente tenha elaborado ou recomendado a estratégia.**

Em segundo lugar, registre-se que o recorrente sequer lidava com os clientes julgados prejudicados com a estratégia, o que fica comprovado pelo e-mail anexo, enviado por [REDACTED] [REDACTED] ao recorrente, no qual está registrado que [REDACTED], um dos clientes reconhecido como prejudicado pela estratégia de investimentos discutida, era cliente dele, [REDACTED] [REDACTED], sendo esta mais uma evidência de que o recorrente não recomendou qualquer investimento nem a [REDACTED], nem a suas filhas.

Nesse ponto é preciso esclarecer que a maior parte dos e-mails enviados a clientes no âmbito da empresa [REDACTED] [REDACTED], eram remetidos do endereço eletrônico [REDACTED] constante dos e-mails mencionados no Termo de Acusação e no documento 3, que acompanha o citado termo (fls. 64 e seguintes).

Isso porque esse e-mail era cadastrado junto à corretora [REDACTED] [REDACTED]s, e as comunicações com esta empresa só poderiam partir de e-mails cadastrados, como comprova o e-mail anexo.

Dessa forma, a dinâmica que ocorria no âmbito da [REDACTED] [REDACTED] em relação à comunicações por e-mail com clientes e com a corretora referida era a seguinte: a maioria dos e-mails partiam do endereço [REDACTED], que tinha em seu rodapé automático o nome do recorrente, seja qual fosse o AAI responsável, inclusive aqueles e-mails direcionados para os clientes objetivando a confirmação de operações, a fim de que, obtendo a resposta do cliente, fosse mais prático encaminhar o próprio e-mail à corretora.

Ou seja, a maioria dos e-mails enviados a clientes, especialmente para confirmação de operações, partiam do endereço [REDACTED] para que as respostas dos clientes pudessem ser de pronto direcionadas para a corretora [REDACTED] [REDACTED] o que era possível em razão de o endereço eletrônico citado estar cadastrado junto à esta corretora.



Por isso é que os e-mails direcionados aos clientes reputados prejudicados pela estratégia de investimentos tratada no presente processo foram enviados com o nome do recorrente, valendo repetir que o nome dele já era inserido no rodapé do e-mail automaticamente, apesar de, em se tratando dos e-mails solicitando confirmação das operações relacionadas à estratégia considerada perdedora, **não terem sido originados pelo recorrente, mas pelo AAI** [REDACTED]

Nesse panorama, fica claro que o recorrente não tem responsabilidade sobre a estratégia de investimentos considerada prejudicial e é importante destacar que os responsáveis por ela são a corretora [REDACTED] e [REDACTED], AAI devidamente registrado, que a recomendou aos seus clientes, conforme comprovam os e-mails anexos.

Confirmando que quem tratava da estratégia em discussão era o AAI [REDACTED], veja-se o e-mail anexo no qual este AAI comunica ao recorrente e a [REDACTED] o primeiro sócio e o segundo colaborador administrativo da [REDACTED] que ele, [REDACTED], buscou contato com [REDACTED], funcionário da corretora [REDACTED], para execução da estratégia de investimento, mas este não a realizou no momento oportuno. Note-se que este e-mail mencionado tem caráter meramente informativo a dois dos colaboradores de [REDACTED], o recorrente e [REDACTED].

Ora, o recorrente não pode ser responsabilizado por ação voluntária de terceiros, especialmente quando dentre estes estão pessoas habilitadas a oferecer produtos de investimentos adequados ao perfil de investidor do cliente de modo independente, tratando-se de AAI devidamente registrado junto à CVM, como é o caso de [REDACTED]

Note-se que todas essas informações não puderam ser prestadas antes em razão de o recorrente não ter sido cientificado sobre o presente processo em momento oportuno.



Vale salientar que **AAI pode atuar no âmbito de pessoa jurídica**, como ocorreu no caso, uma vez que [REDACTED] trabalhava em colaboração na [REDACTED] **mas isso não elide suas responsabilidades de AAI, nem as transfere a terceiros**, conforme artigo 2º, §1º, da ICVM 497/2011.

Assim, em outras palavras, **a responsabilidade pela estratégia de investimentos discutida no presente processo só pode ser atribuída ao AAI que a tenha elaborado e recomendado a clientes, não sendo este o caso do recorrente.**

Nesse sentido, reforçando essa ideia, cabe destacar que **não havia subordinação entre o AAI [REDACTED] e o recorrente** e que [REDACTED], considerados prejudicados pela estratégia de investimentos, **eram clientes do primeiro, não do recorrente, como comprovam os e-mails anexos.**

Fortalecendo essa informação, veja-se os e-mails anexos, dentre eles um enviado pelo AAI [REDACTED] ao recorrente e a [REDACTED], do qual consta proposta de venda da carteira de clientes do primeiro, prova de que o AAI [REDACTED] mantinha carteira de clientes autônoma, sendo ele o profissional responsável por seus clientes.

Esclarecendo a **dinâmica operacional da empresa [REDACTED]** a fim de que se entenda perfeitamente seu funcionamento, para deixar ainda mais claro que o recorrente não pode ser responsabilizado no presente processo, é digno de nota que **participavam da empresa vários AAI que compartilhavam os custos de estrutura, mas que tinham seus clientes independentemente**, como era o caso do AAI [REDACTED] que tinha como clientes, como já dito, [REDACTED]. **Cada AAI atendia seus clientes, sendo responsável por eles**, utilizando a estrutura da [REDACTED] recebia suas respectivas comissões e parte da corretagem trazida em função dos clientes era direcionada para a pessoa jurídica em menção.

Dessa forma, fica claro que a responsabilidade dos AAI em relação a seus clientes é pessoal, sendo esta mais uma evidência de que o recorrente não tem qualquer responsabilidade sobre a estratégia de investimentos recomendada a [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] por [REDACTED] [REDACTED], mesmo sendo o recorrente sócio da [REDACTED] [REDACTED], empresa onde [REDACTED] trabalhava.

De mais a mais, é importante perceber que as penalidades decorrentes de violação ao artigo 10 da ICVM 497/2011 devem ser aplicadas ao AAI que realiza conduta improba, antiética ou negligente e no presente caso o recorrente não realizou conduta dessa natureza, o que é evidente diante das explicações ora apresentadas. A BSM deve zelar pela higidez do mercado de capitais em relação à atuação dos AAIs punindo os verdadeiros responsáveis por condutas lesivas, não punindo qualquer pessoa que seja mencionada no bojo de uma estratégia prejudicial, à esmo, sem observância dos requisitos estabelecidos para tanto, como se está a fazer com o recorrente.

Dessa forma, é preciso ter máximo rigor na apuração da responsabilidade de AAI para não incorrer em graves injustiças que, ao invés de contribuírem para o bem do mercado de capitais, lhe prejudicam!

Aduza-se, apenas para fins de ampliação argumentativa, que, mesmo que se imagine que a [REDACTED] [REDACTED] tem alguma responsabilidade sobre a situação, é impossível condenar o recorrente ao pagamento de multa, uma vez que se tratam de duas pessoas distintas, uma jurídica, que é a [REDACTED] outra física, que é o recorrente, e este não realizou qualquer conduta improba, antiética ou negligente passível de punição, razão pela qual é absolutamente incabível sua responsabilização pessoal.

Portanto, em relação ao mérito do presente PAD, a condenação do recorrente ao pagamento de vultosa multa não deve prevalecer.



DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se que o Pleno do Conselho de Supervisão da BSM Supervisão de Mercados **anule**, em razão da violação do devido processo legal apontada, ou **reveja a decisão referida**, prolatada pela Turma do Conselho de Supervisão da BSM Supervisão de Mercados, **para afastar a aplicação da multa de R\$ 150.000,00 aplicada ao recorrente**, uma vez que **resta absolutamente claro que ele não elaborou nem recomendou a estratégia objeto do presente processo, inexistindo, de sua parte, violação ao artigo 10 da ICVM 497/2011.**

Petrópolis, 14 de janeiro de 2022.

Israel Silva da Rosa
Requerente

Schwarzenegger Kappler
Advogado
[REDACTED]
(assinado eletronicamente)

Jorge Fernando Araujo
Advogado
[REDACTED]